

## CAMINHANDO SOBRE EXTREMOS: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO À VIDA – ESTUDO DE CASOS

*Saul Tourinho Leal<sup>1</sup>*

**Resumo:** O ensaio traz reflexão sobre a postura do Supremo Tribunal Federal em relação ao direito à vida. Isso é feito em dois momentos extremos no Brasil. O primeiro caso, em 1936, momento de fechamento democrático e de atuação minimalista do Tribunal. Atendendo à vontade do Poder Executivo, a Corte concordou com o envio à Alemanha nazista, de uma mulher que levava em seu ventre um brasileiro, era esposa de brasileiro e estava sendo acusada de cometer crimes no Brasil. Ela, alemã, comunista e judia, passaria o resto de seus dias num campo de concentração até ser executada. No outro caso, no ano de 2008, o Supremo, em atendimento ao direito à vida, determinou o tratamento no exterior de um jovem baleado por um assaltante na cidade do Recife, tudo custeado pelo Estado de Pernambuco que teria se omitido em assegurar o direito à segurança à vítima. Após os dois estudos de casos, o presente ensaio busca um ponto de equilíbrio na atuação do Tribunal em relação à concretização do direito à vida.

**Palavras-Chave:** Jurisdição Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Ativismo Judicial. Direito à Vida. Estudo de Casos.

**Abstract:** This paper presents the attitude of the Brazilian Supreme Court concerning to the right to life. For that, two cases related to different political moments are reported. The first case took place in 1936, when the Court acted in a less democratic political atmosphere and as judicial restraint. Serving the will of the Executive Power, the Court agreed to send Olga Prestes to Nazi-German due to be accused of committing political crimes in Brazil. She, a German, Communist and Jewish woman, who was pregnant of a Brazilian child, would stay her last days the rest confined in a concentration camp until be executed. The other case is more recent, from 2008. At this time, otherwise, the

---

<sup>1</sup> *Mestrando em “Constituição e Sociedade” pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.*

Supreme Court, in favour for the right to life, determined the medical treatment abroad for a young man shot by a bandit in the city of Recife. The treatment was paid, then, by the State of Pernambuco, which had failed to ensure the right to security for the man before. After examining these two cases, we will make a balance between the performance of the Supreme Court before the right to life.

**Key-Words:** Constitutional Jurisdiction. Federal Supreme Court. Judicial Activism. Right to Life. Case Studies.

**Sumário:** Apresentação; 1. O Brasil de ontem, 1.1 O Regime Vargas, 1.2 A Democracia submissa à Força, 1.3 O Supremo Tribunal Federal; 2. Procedimentalistas *versus* Substancialistas, 2.1 Apresentação, 2.2 Diferenças, 2.3 O Supremo do Caso Olga, 2.4 Conclusões; 3. Estudo de Caso: Olga Benário Prestes, 3.1 Apresentação, 3.2 As Acusações contra Olga e o seu Argumento de Defesa, 3.3 Olga e o Direito à Vida, 3.4 O Procedimento adotado pelo Supremo, 3.5 A Sentença, 3.6 A decisão do Supremo e suas Conseqüências, 3.7 Conclusões; 4. O Brasil de hoje, 4.1 Apresentação, 4.2 As Constituições Atuais, 4.3 O Neoconstitucionalismo, 4.4 O Supremo; 5. Estudo de Caso: Marcos José *versus* Estado de Pernambuco, 5.1 Os fatos, 5.2 O voto da Relatora, Ministra Ellen Gracie, 5.3 A divergência liderada pelo Ministro Celso de Mello, 5.4 Conclusões; Considerações Finais; Referências

## Apresentação

Fala-se em ativismo judicial em toda esquina. O tom sobre o termo é sempre pejorativo, como já nos indicava, há tempos, Brandley C. Canon<sup>2</sup>. O assunto é a bola da vez no Brasil. Aliás, especialmente por aqui. Com a TV Justiça transmitindo as sessões plenárias do Tribunal para o país inteiro, a coisa tomou proporções avassaladoras.

Dentro do contexto, o que o presente trabalho propõe é a escolha de uma pauta específica para que possamos trabalhá-la dentro do âmbito do “ativismo”. No caso, nos direitos fundamentais, escolhemos o direito à vida. Essa é a nossa pauta.

Quanto ao direito à vida, iremos colher, no passado, a posição do Supremo Tribunal Federal quando chamado a decidir um caso concreto e, muito recentemente, neste mesmo ano de 2008, a maneira pela qual o Tribunal abordou o assunto.

O objetivo é realizar dois estudos de casos e, ao final, lançar aos leitores algumas provocações. Na verdade, o que estamos a fazer é atirar ao colo daqueles que nos lêem as angústias que temos sentido ao longo da construção da nossa dissertação de mestrado que cuidará do tema intitulado “ativismo judicial no Supremo Tribunal”. O nosso trabalho conta com vários estudos de casos. No presente artigo, para ilustrar, colhemos dois deles.

Portanto, iremos rumo à apresentação de dois estudos de casos devidamente contextualizados e, ao final, de posse das informações e impressões que cada um deles nos forneceu, tentaremos fazer provocações que deverão ser respondidas na dissertação.

A jornada se dará de extremos à extremos.

O primeiro momento se dá em época de regime nebuloso, tendo um ditador como comandante do Poder Executivo. Falamos aqui de Getúlio Vargas. O mesmo que teria cunhado a frase: “A Constituição é como as virgens, nasceu para ser violada”<sup>3</sup>.

Com um Poder Executivo agigantado, o que temos é um Brasil sofrido.

O Poder Legislativo, e esse parece ser seu maior carma, padecia silenciado. Nada fazia. Ultrapassado pelas duras medidas oriundas do Executivo, os nossos parlamentares, numa boa parte, se limitavam a ser fiadores dos arroubos do ditador.

---

<sup>2</sup> **Defining the dimensions of judicial activism.** *Judicature*, volume 66, number 6, December-January, 1983.

<sup>3</sup> BOJUNGA, Cláudio. **JK – O Artista do Impossível.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.129.

O Judiciário caracterizado, à época representado pela Corte Suprema<sup>4</sup> também choramingava. Com redução de seus quadros, ameaçado quanto a seus vencimentos e aposentadorias compulsórias impostas, o Tribunal adoecia meio à sua própria impotência.

Eram reféns os poderes Legislativo e Judiciário. Estávamos na mão do Executivo.

Nesse cenário, o que nos surge é o estudo de caso de Maria Prestes.

Maria é Olga Benário, figura imortalizada graças à seminal obra de Fernando Moraes que muito bem a biografou<sup>5</sup>, lançando, inclusive, suas impressões para as telas do cinema, para a glória de toda a história, mas, também, para a vergonha de muitos.

No “Caso Olga”, qual a postura que o Supremo, no contexto histórico esboçado, adotou em relação ao direito à vida? Como o Tribunal procedeu? Quais as repercussões de sua atuação? Qual papel a história deve lhe entregar? Aqui já temos condições de ver a quantidade de provocações que naturalmente surge.

Ultrapassado o primeiro estudo de caso, temos, então, uma nova contextualização.

Agora falaremos dos tempos atuais. Brasil, ano de 2008.

O Poder Executivo esboça seu atrevimento para com o Poder Legislativo não mais por meio de constantes ameaças de dissolução, mas, quando muito, atrapalhando a vida dos parlamentares sobrestando suas valorosas propostas nas pautas da Câmara e do Senado por conta da enlouquecida edição de medidas provisórias.

O Poder Executivo, por sua vez, atua com a força da tinta da caneta. A história tem mostrado que os nossos Presidentes remetem ao Diário Oficial a condução da política brasileira. Em eterna campanha, Luis Inácio, celebridade que navega em longas braçadas no carisma popular, tem respeitado, salvo um ou outro discreto surto, a Constituição.

O clima, felizmente, é o de democracia.

Entretanto, no novo cenário, um ator surge de modo emblemático.

---

<sup>4</sup> Constituição de 1934: Art 63 - São órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema; b) os Juízes e Tribunais federais; c) os Juízes e Tribunais militares; d) os Juízes e Tribunais eleitorais.

<sup>5</sup> **Olga**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1989.

Dando “pitos” tanto no Poder Legislativo, quanto no Poder Executivo, está o Poder Judiciário por meio do Supremo Tribunal Federal. É o senhor da razão. Chegou ao ponto de definir prazo para o Congresso Nacional aprovar uma determinada lei<sup>6</sup>.

O Presidente da República chegou a torpedear um integrante do Tribunal, Ministro Marco Aurélio<sup>7</sup>, mandando-o cuidar de sua vida. O Ministro não obedeceu.

Com esse novo contexto, como o Supremo aborda o direito à vida? Falo do “Caso Marcos José”. Trata-se de um jovem de 25 anos que foi baleado num assalto na capital pernambucana ficando tetraplégico e que queria ser submetido a um tratamento experimental, custeado pelo Estado de Pernambuco, nos Estados Unidos. A interpretação do STF se deu em atendimento à Constituição? O direito à vida deve, a todo o custo, ser concretizado? Qual a maneira para tratar dessa temática tão delicada?

Aqui está desenhado o nosso artigo. Dois estudos de casos e nenhuma resposta. Isso mesmo. Não forneceremos respostas, mas sim, provocações.

Um mesmo Supremo em dois momentos históricos extremos. No primeiro, um Tribunal ajoelhado ao Executivo. Num segundo, uma Corte com o dedo em riste.

Qual o ponto de equilíbrio? Lançada está, portanto, a nossa jornada.

---

<sup>6</sup> ADI 3.682/MT, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Pleno, DJ: 6.09.2007): “(...) 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n°s 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios”. Frise-se que ficaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, que não fixavam prazo. O Ministro Joaquim Barbosa não estava à sessão.

<sup>7</sup> Matéria da *Vejaonline* de 05 de março de 2008, intitulada “Poderes: PT e Lula juntos contra Marco Aurélio”, registrou: “Lula – Em visita ao plenário do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) nesta terça, Lula, por sua vez, voltou a cobrar ‘respeito’ dos magistrados aos demais Poderes. ‘Se por um lado a ampla discussão desenvolve e consolida a democracia, do outro, a eventual ingerência de um Poder sobre o outro compromete a gestão e o atendimento do interesse público’, afirmou. As declarações presidenciais foram mais amenas do que as feitas na semana passada. Em visita a Aracaju (SE), Lula disse que ‘seria tão bom que o Poder Judiciário metesse o nariz apenas nas coisas dele’, numa clara resposta às críticas de Marco Aurélio. No dia seguinte, o ministro disse que ficou “estarecido” com a ‘acidez’ do discurso.

## 1. O Brasil de ontem

### 1.1 O Regime Vargas

Getúlio Vargas, que perdera as eleições, tomou a Presidência da República com golpe de estado, ocorrido em virtude da Revolução de 1930.

Na época, diversos setores da classe média, assim como proprietários de terra sem representação e oficiais do Exército não estavam contentes com mais um governo dos fazendeiros do café, o que dá ensejo a revoltas militares durante os anos de 1920.

Com a quebra das bolsas americanas em 1929, a exportação de café sofre destrutiva queda, provocando desemprego de mais de dois milhões de brasileiros.

O presidente da República da época, Washington Luis, representante da oligarquia cafeicultora de São Paulo, lança como candidato à presidência Júlio Prestes, aumentando a revolta dos mineiros, que compunham a oposição.

A Aliança Liberal lança Getúlio Vargas como candidato à presidência. Com a vitória do candidato do governo nas eleições, corroborada pelo assassinato de João Pessoa, candidato à vice-presidência juntamente com Getúlio, a Aliança Liberal une-se aos militares, insatisfeitos com o governo do café, e dá início à Revolução de 1930, essencialmente no Rio Grande do Sul, Paraíba e Minas Gerais, que se esvai a todo o país. Depõe-se o presidente, Washington Luis, e o candidato eleito, Júlio Prestes, refugia-se na Embaixada Inglesa. Aos 3 de novembro de 1930, Getúlio Vargas alcança a presidência<sup>8</sup>.

Caminhando sobre a trilha da intervenção estatal e do fortalecimento do nacionalismo, Getúlio promove políticas de controle repressivo a quaisquer movimentos que questionassem o governo brasileiro, especialmente o comunismo.

---

<sup>8</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **A História do Direito entre Foices, Martelas e Togas: Brasil 1935-1965 – Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.28.

## 1.2 A Democracia submissa à Força

Caminhávamos para a instalação do regime ditatorial, com a concentração de poder nas mãos do Executivo, por meio de aumento de capacidade interventiva, incluindo-se, dentre elas, a sanção, promulgação de leis, bem como expedição de decretos regulamentares, a chefia suprema das forças armadas da União, administrando-as por intermédio dos órgãos do alto comando, decretação da mobilização das forças armadas, declaração de guerra independentemente de autorização, em caso de invasão ou agressão estrangeira, decretação de estado de emergência e de guerra, dissolução da Câmara dos Deputados e nomeação de Ministros de Estado.

Foi promulgada a Lei de Segurança Nacional de 1935, por meio da qual se criminalizou diversas condutas atentatórias à estabilidade do governo.

A lei estabeleceu sanções severas para jornais e emissoras de rádio. Encontravam-se listados os crimes contra a ordem social, consubstanciados em ideais nitidamente de caráter comunista, como a incitação do ódio entre as classes sociais, a instigação das classes sociais à luta pela violência, instigação ou preparação de paralisação de serviços públicos ou de abastecimento à população, dentre outras.

De igual modo, previam-se regras arbitrárias com relação a estrangeiros, em prol do “bem-estar” da sociedade brasileira, tais como o cancelamento de naturalização na hipótese de exercício de atividade política nociva ao interesse nacional<sup>9</sup>.

## 1.4 O Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, tinha a função de subsumir o conteúdo normativo, consubstanciado na Constituição e, essencialmente, na interpretação a ela dada pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, ao caso concreto a ele submetido.

## 2. Procedimentalistas *versus* Substancialistas

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 41-48.

## 2.1 Apresentação

Quando discutimos a maneira de interpretar a Constituição temos um debate teórico recorrente<sup>10</sup> entre, de um lado, os chamados substancialistas e, do outro, os procedimentalistas. Gustavo Binebojm trabalha com a primeira corrente como “jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais”. A segunda seria a “jurisdição constitucional como instrumento e defesa do procedimento democrático”<sup>11</sup>. Enquanto Lênio Streck visualiza um embate entre elas<sup>12</sup>, Mônica Clarissa caminha por trilha conciliatória, ao afirmar que “substancialismo e procedimentalismo não se afiguram como lógicas excludentes, senão como lógicas complementares e interdependentes”<sup>13</sup>.

## 2.2 Diferenças

Para os primeiros<sup>14</sup>, uma Constituição deve consagrar direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem relevantes valores de uma sociedade: justiça, liberdade e igualdade. Para que tais valores não se transformem em promessas esquecidas, os juízes e tribunais podem implementar tais aspirações constitucionais.

<sup>10</sup> Nos Estados Unidos eles chamam as correntes de, por um lado, os textualistas e, do outro, os adeptos à interpretação livre. Para os primeiros, prevalece uma leitura expressa à letra da lei sem que seja possível recorrer a valores externos. Para os outros, é possível, no processo de aplicação dos preceitos constitucionais, recorrer a valores que auxiliem no processo de interpretação da Constituição.

<sup>11</sup> **A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Ronovar, 2004.

<sup>12</sup> **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p.24.

<sup>13</sup> **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p.201.

<sup>14</sup> Substancialistas: John Rawls, **A theory of justice**, 1999; **Liberalismo político**, 2000; Ronald Dworkin, **Taking rights seriously**, 1997; **Freedom’s law: the moral reading of the American constitution**, 1999; **O império do direito**, 1999. Procedimentalistas: John Hart Ely, **Democracy and distrust: a theory of judicial review**, 1980; Jürgen Habermas, **Direito e democracia: entre faticidade e validade**, 1997; Peter Härberle, **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

Já os procedimentalistas não vêem no intérprete constitucional a possibilidade de sê-lo um aplicador de princípios de justiça. Seria ele um fiscal do correto funcionamento do processo político. Só extrairia da Constituição condições procedimentais da democracia, cabendo à jurisdição constitucional protegê-las.

Substancialistas permitem que um Ministro do Supremo, concretizando a Constituição, faça valer regras, valores e princípios nela constantes. Os procedimentalistas entendem que os julgadores devem preservar o processo democrático para que este concretize valores e aspirações da população.

Se caminharmos sobre a trilha substancialista, o Supremo de hoje nada faz senão dar cumprimento à força normativa<sup>15</sup> da Constituição implementando valores em atendimento ao pacto lançado pelo Poder Constituinte Originário. Não poderíamos falar, portanto, em ativismo judicial. Contudo, se nos alinharmos aos procedimentalistas, o momento atual brasileiro marcha, em largos passos, para uma “Babel”.

Dependendo da escolha, ou temos o mar, ou a terra. Não há meio termo.

### 2.3 O Supremo no Caso Olga

O STF<sup>16</sup>, nos últimos tempos, mudou sua política judicial.

No período narrado no Caso Olga, adotava linha procedimental.

Em julgamentos polêmicos, com forte carga de conotação política, que traziam a possibilidade de tensão para com os Poderes Executivo e Legislativo, adotava uma jurisprudência defensiva (*self restraint*)<sup>17</sup>, deixando, para aqueles Poderes, a missão de

<sup>15</sup> Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

<sup>16</sup> Quando mencionamos o “STF”, estamos a falar do resultado de seus acórdãos, uma vez que, neles, muitas vezes Ministros ficaram vencidos por discordarem dos entendimentos majoritários. Logo, nossas afirmações relativas ao Supremo se referem à maioria por ele exarada e não tem a intenção de individualizar sua atuação colocando no mesmo campo Ministros que têm posições divergentes.

<sup>17</sup> Sérgio Moro, quanto ao *self restraint*, diz: “A arte de não decidir pode ser tida por alguns como deplorável. Entretanto, trata-se de técnica de valia para compatibilizar a jurisdição constitucional com o regime democrático. Não é crível que a jurisdição constitucional possa resolver todas as controvérsias constitucionais, não devendo ser esquecido que, subjacentes a estas, há controvérsias políticas de difícil resolução num contexto democrático e pluralista”. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.206.

solucionar o conflito inerente a seus representados, o povo. André Ramos Tavares nos fala bem sobre as mazelas que a adoção do *self restraint* pode trazer para a democracia:

Adotada de maneira ampla, a *self restraint* desemboca na deslegimação da Justiça Constitucional em extensas áreas nas quais sua atuação tem sido decisiva e legítima. E essa desqualificação teórica; em muitos ordenamentos, especialmente quando a Constituição, como a brasileira, oferece sinais de adoção de uma atuação material da Justiça Constitucional como implementadora da Constituição, a referida exclusão da Justiça Constitucional seria inadmissível. Basta recordar, aqui, institutos como o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, além das cláusulas tradicionais que concedem ao STF a guarda da Constituição e o alocam como árbitros que decide acerca dos conflitos entre poderes e destes com os direitos fundamentais.<sup>18</sup>

O Tribunal se limitava a garantir o funcionamento das estruturas enquanto estas nada faziam para dar cumprimento a vários direitos assegurados pela Constituição.

## 2.4 Conclusões

Cada um de vocês é livre para formular convicção no sentido de ser esta uma postura correta ou não. A essência deste ensaio, na verdade, não reside nisso. O que estamos a falar é sobre a leitura das atribuições de competências e, principalmente, a respeito do que é, verdadeiramente, ser o Guardião da Constituição.

Um Tribunal pode muito, para o bem ou para o mal.

O Poder que, num momento, assegurou uma infinidade de direitos civis aos norte-americanos foi o mesmo que, tempos antes, antecipou uma sangrenta Guerra Civil ao dizer que escravo não era sujeito de direito no caso *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856). Adotou-se uma postura ativa, mas para negar direitos.

Esse é o perigo. E não estamos a narrar um cenário apocalíptico.

## 3. Estudo de Caso: Olga Benário Prestes

---

<sup>18</sup> TAVARES, André Ramos. **O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva.** In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Ano 1, n. 1, jan/mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.16-17.

### 3.1 Apresentação

Para ilustrar as conseqüências de um Supremo passivo, que apenas aplica fielmente as leis a atos normativos, sem interpretá-los à luz dos princípios/direitos fundamentais, demonstra-se oportuno relato do *habeas corpus* impetrado por Olga Prestes, julgado em junho de 1936. Essa trajetória será feita com o auxílio de obra seminal de Arnaldo Godoy adiante referenciada em diversas oportunidades.

De início, é importante descrever o cenário político-ideológico que circundava a decisão tomada no bojo do referido *habeas corpus*.

### 3.2 As Acusações e o Argumento de Defesa

Nesse contexto, Olga Prestes, judia, mulher de Luís Carlos Prestes, foi acusada de ser a mentora intelectual da Intentona Comunista de 1935 e cúmplice de vários delitos contra a ordem política e social<sup>19</sup>.

Por essa razão, foi detida pela Polícia e contra ela instaurado inquérito criminal para averiguar os fatos relacionados à prática de crime contra a paz social.

No fim do processo inquisitorial, foi emitido despacho administrativo por Demócrito de Almeida (delgado auxiliar) e Filinto Müller (capitão de chefia de polícia), no qual se decidiu pela expulsão de Olga do país, devendo a acusada ser submetida à jurisdição alemã<sup>20</sup>. Tratava-se de uma mulher, grávida, alemã, comunista e judia.

Heitor Lima, advogado de Olga, impetrou, em 3/6/1936, *habeas corpus* com o objetivo de que a paciente pudesse ser mantida presa no Brasil e que seu julgamento se procedesse em território nacional, uma vez que era sua única condição de sobrevivência<sup>21</sup>.

Em suas razões, Heitor Lima alega que a paciente somente poderia ser expulsa do Brasil após seu julgamento pelas autoridades judiciais locais, eis que a lei brasileira

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 50-51.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 50.

preconizava que a expulsão apenas seria levada a efeito após a condenação, conforme assegurado pela própria lei de segurança e dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Olga não seria estrangeira nociva ao país, uma vez que seria mantida dentro da penitenciária, além de estar grávida<sup>22</sup>. Também argumentou sobre à competência para processamento do procedimento administrativo para determinar a expulsão, eis que o despacho policial usurpava a capacidade do Ministro da Justiça.

Tais argumentos foram facilmente combatidos pelas autoridades policiais, que baseavam seus atos no estado de exceção assolado no Brasil e, sendo assim, as normas que garantem direitos aos indivíduos não poderiam ser invocadas em face de decisão tomada pelo Poder Executivo em nome do interesse público.

### 3.3 Olga e o Direito à Vida

Outro argumento levantado por Heitor Lima em suas razões no HC relaciona-se ao direito à vida. Aqui está o nosso maior interesse.

De fato, o advogado apontou que a paciente encontrava-se grávida e o filho, brasileiro, não poderia ser expulso<sup>23</sup>. De acordo com a Constituição, era obrigatório o amparo à maternidade, art. 140, assim como o direito civil resguardava os direitos do nascituro<sup>24</sup>, os quais não estariam sendo obedecidos ante, inclusive, as péssimas condições prisionais<sup>25</sup>.

### 3.4 O Procedimento adotado pelo Supremo

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 59.

Por fim, esclareceu que não iria recolher as custas processuais, tendo em vista que a paciente não detinha quaisquer recursos financeiros.

O *writ* foi distribuído ao Ministro Bento Faria, presidente do Supremo, que houve por bem, inicialmente, determinar o recolhimento das custas. Após manifestação calorosa do advogado Heitor Lima, insurgido contra tão formalista ato, o Relator requisitou informações ao Ministério da Justiça, ocupado por Vicente Rao.

Em ofício remetido ao STF em 15/6/1936, Vicente Rao consignou que Olga era de nacionalidade estrangeira e elemento perigoso e nocivo à ordem pública. Outrossim, vigia no país o Decreto n.º. 702, de 21 de março de 1936, que “instituiu o estado de guerra e suspendeu a garantia do *habeas corpus*, por necessidade de segurança nacional”<sup>26</sup>.

### 3.5 A Sentença

O Supremo, por maioria de votos, negou o *habeas corpus*, com base no artigo 2º do Decreto n.º. 702/1936, que negava a concessão da ordem em estado de guerra.

Os Ministros Carlos Maximiliano, Carvalho Mourão e Eduardo Espínola, vencidos, conheciam do pedido e o indeferiram. Os demais Ministros que não conheceram do pedido, Edmundo Lins, Plínio Casado, Laudo de Camargo, Hermenegildo de Barros, Costa Manso, Octávio Kelly e Ataulfo de Paiva.

Olga Prestes foi expulsa e confinada no campo de concentração de Ravensbrück Na Alemanha, deu luz a sua filha e foi morta em 5 de novembro de 1941.

Ao serem indagados posteriormente sobre o caso, os Ministros assinalaram que a decisão foi tomada com base em dispositivo legal, de interesse público e de acordo com as normas do direito internacional<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 26-27.

### 3.6 A decisão do Supremo e suas Consequências

Ante a um Supremo Tribunal Federal, cuja atuação limitava-se à mero aplicador dos dispositivos de lei, sem poder interpretar e invocar dispositivos de ordem legal e constitucional que assegurassem direitos fundamentais do indivíduo, a saber, o direito à vida, à humanidade (dignidade da pessoa humana), à ampla defesa e ao devido processo legal, foi possível a ofensa aos direitos de Olga e os de sua filha.

O Tribunal foi ativista? Não, não foi. Sua atuação impôs algum ônus ao “Todo Poderoso” Estado? Também não. A Fazenda Pública arcou com algum custo? Não. Estava satisfeito o Poder Executivo? Provavelmente. E Olga? Estava morta, como queria o Poder Executivo e o corpo de bajulação que lhe circundava.

Uma mulher grávida de um brasileiro, esposa de um brasileiro, tendo cometido crimes no Brasil, fora condenada à pena de morte e entregue, com pompa e circunstância, ao *Führer*. Tristes tempos.

Negado foi, então, o direito à vida.

Esse Supremo buscado por alguns, passivo, ajoelhado, em nada contribui para um país. A história deve lhe fazer justiça e fará.

Talvez tenha sido este, o nosso *Caso Dred Scott*, só que mais dramático.

A Suprema Corte norte-americana que, num momento, assegurou uma infinidade de direitos civis foi a mesmo que, tempos antes, antecipou uma sangrenta Guerra Civil<sup>28</sup> ao dizer que escravo não era sujeito de direito no caso *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856). Adotou-se uma postura ativa, mas para negar direitos<sup>29</sup>.

No caso *Dred Scott*, nos Estados Unidos, pelo menos, não se assistiu, silente, ao assassinato de um semelhante, sem que uma só voz se levantasse contra a injustiça que era atirada contra os olhos e corações de todos.

---

<sup>28</sup> Cf. **CHOPER, Jesse H.** Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court, **Chicago: University of Chicago Press, 1980, p.156-157.**

<sup>29</sup> Cf. **SCHWARTZ, B.** A Book of Legal Lists: The Best and Worst in American Law. **New York: Oxford University Press, 1997, p.71.**

## 4. O Brasil de hoje

### 4.1 Apresentação

Com a restauração do regime democrático, da promulgação da Constituição Federal de 1988 e a ocorrência das eleições gerais, vimos, tempos depois, o país se deparar com suas primeiras turbulências institucionais. Uma década e meia depois, pirou.

O Poder Executivo, mergulhado em denúncias, atravessava uma crise de identidade. O Poder Legislativo, desgastado, caminhava rumo ao pântano da rejeição popular<sup>30</sup>. Os partidos políticos eram alvo de questionamentos<sup>31</sup>. O modelo adotado para as organizações não-governamentais (ONG's) passou a ser criticado. Os sindicatos também sofreram sua crise. O fenômeno é bem tratado pela doutrina nacional<sup>32</sup>.

Os Poderes Executivo e Legislativo, atores centrais do processo democrático e da representatividade popular, atravessavam uma crise de legitimidade<sup>33</sup>. Nesse cenário, um outro ator surgiu preenchendo o vazio deixado<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Rodolfo Viana Pereira, citando Carl Schmitt, diz: "(...) a atividade em si do parlamentar não se realiza durante as conversações no plenário, mas sim em comissões, não necessariamente em comissões parlamentares; as decisões importantes são tomadas sempre em reuniões secretas de dirigentes de facções ou até nos comitês extraparlamentares, dando margem a desvios e isenções de responsabilidade, transformando todo o sistema parlamentar numa péssima fachada para o poderio dos partidos e dos interesses econômicos. **Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.131.1996, p.20-21.

<sup>31</sup> O autor prossegue, citando Schmitt: "Os partidos (...) atualmente não se apresentam mais em posições divergentes, com opiniões passíveis de discussão, mas sim como grupos de poder sociais ou econômicos, que calculam os interesses e as potencialidades de ambos os lados para, baseados nesses argumentos efetivos, selarem compromissos e formarem coalizões. (...) O argumento, no seu sentido mais literal, característico da discussão autêntica, desaparece. No seu lugar surge, nas negociações entre partidos, a contabilização calculista dos interesses e das chances de poder (...). Podemos, portanto, aceitar como pressuposto que não se trata mais de convencer o opositor de uma verdade ou de uma atitude correta, mas sim de conquistar maioria, para poder exercer o poder por meio dela. *Ibidem*, p.08.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p.131.

<sup>33</sup> Cf. TOHARIA, Juan José. **Solución de los Conflictos em los Sistemas Democráticos.** Justicia Electoral, na. 1998, n. 11, p.30. TOURAINE, Alain. **O que é a democracia.** Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

<sup>34</sup> Cf. MORLINO, Leonardo. **La Crisi della Democrazia.** Rivista Italiana di Scienza Política, na. IX, n.1, apr., 1979, p.41.

## 4.2 As Constituições Atuais

As Constituições se tornaram sinônimo da consagração da liberdade, num evidente falseamento da verdade. Por alienação, são associadas a desenvolvimento e democracia<sup>35</sup>, ainda que, por meio delas, também se arranque direitos e se explore cidadãos<sup>36</sup>.

Para uns, um conjunto de símbolos<sup>37</sup>. Para outros, um simulacro<sup>38</sup>.

Contudo, ainda que sobre elas sejam despejados todos os tipos de críticas, o fato é que, as Constituições, nos moldes da nossa<sup>39</sup>, passaram a se inserir na organização das nações de uma forma, ao que se vê, irreversível e trazendo em seu conteúdo normas jurídicas abertas, programáticas, conceitos jurídicos indeterminados e uma infinidade de princípios. O fenômeno é alvo da atenção de Dworkin:

A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a "liberdade de expressão". A leitura moral propõe que todos – juízes, advogados e cidadãos – interpretamos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça.<sup>40</sup>

Uma leitura moral das Constituições, como prega Dworkin, deve ser vista com reserva. Qual moral? Moral de quem? Um pouco de cautela não faz mal a ninguém.

<sup>35</sup> Arnaldo Godoy, em obra seminal, nos diz: “O que se pretende, nas entrelinhas, é se problematizar o próprio conteúdo axiológico da constituição, documento que a discussão política elegeu como ícone, que o discurso jurídico se apoderou como referencial canônico e que o pensamento crítico aponta como mera narrativa, referencial de mais uma formulação metafísica, tão ao gosto da cultura ocidental. E aqui se encontra mais um problema. É que textos constitucionais se multiplicam em ambientes culturais não ocidentais. Constituições são votadas, impostas, discutidas, seguidas, desrespeitadas, em todos os pontos do mundo, na China, no Japão, na Mongólia, no Irã, na Argélia, no Paraguai. E são muito parecidas”. **Direito Constitucional Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p.14.

<sup>36</sup> Godoy prossegue: “É a busca desta semelhança que anima reflexões vindouras. Falsificações empíricas e intelectualismos autoritários cingidamente se apoderam do discurso constitucionalista”. *Ibidem*, p.14.

<sup>37</sup> Cf. NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>38</sup> MOREIRA, Luiz. **A Constituição como Simulacro**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p.92.

<sup>39</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.949.

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

Todavia, também não se deve transformar os princípios constitucionais em promessas lançadas ao vento. Talvez o correto seja um meio termo<sup>41</sup>.

### 4.3 O Neoconstitucionalismo

Vivemos um tempo no qual os princípios constitucionais alçaram vôo à normatividade<sup>42</sup>. Uns falam em neoconstitucionalismo<sup>43</sup>. Outros em modismos<sup>44</sup>.

Após a 2ª Guerra Mundial assistimos à realização de constituições, como já dissemos, além de escritas, analíticas e repletas de normas programáticas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios gerais. Todos eles invocando sua concretização.

Várias leituras dessas constituições passaram a surgir. Reconheceu-se a normatividade dos princípios constitucionais<sup>45</sup> dando-lhes imperatividade<sup>46</sup>.

No Brasil, papel de destaque à Constituição de 1988, à doutrina e ao Supremo Tribunal Federal em atribuir força normativa aos princípios constitucionais.

---

<sup>41</sup> Lucas Borges de Carvalho sugere uma alternativa: “A democracia Constitucional Substantiva”. **Jurisdição constitucional & democracia – integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2007, p.167.

<sup>42</sup> HESSE, Konrad. *Op. Cit.*.

<sup>43</sup> Luis Roberto Barroso, em prefácio, diz: “o fenômeno do Neoconstitucionalismo tem como marco filosófico o pós-positivismo, como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª Guerra Mundial, onde, no caso brasileiro, ocorreu com a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988 e, como marco teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação”. BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>44</sup> HORBACH, Carlos Bastide. **A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, n. 859, p. 81-91, mai./2007.

<sup>45</sup> José Sérgio da Silva Cristóvam diz: “A metodologia constitucional, como de resto toda a cultura jurídica contemporânea, vem sofrendo uma profunda reestruturação em suas bases teóricas, bem como, na interação com os diversos fatores que compõem a sociedade atual. A paulatina consolidação do novo constitucionalismo – sinal indelével de uma sensível superação das teses centrais do positivismo jurídico – tem refletido viva e fecundamente na fundação de uma moderna teoria da Constituição, pautada pela força normativa dos princípios constitucionais, a eficácia dos direitos fundamentais e a supremacia da ordem constitucional”. **Colisões entre Princípios Constitucionais – Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006, p.189.

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

## 4.4 O Supremo

Passada a promulgação da nova Constituição, consolidado o regime democrático que sobreviveu bem a várias crises, no alvorecer do ano 2000, surge algo de novo no ar.

O Supremo se agigantou. Virou o centro das atenções. A população começou a atribuir a ele uma função que a Constituição Federal não lhe deu<sup>47</sup>, o de Poder que representa o povo. Ali, pensavam muitos, se atendia à população fazendo justiça<sup>48</sup>.

O Tribunal passou a adotar uma postura substancialista e ativista<sup>49</sup>, virando, no imaginário popular, uma casa de representantes daqueles que almejavam “justiça”.

Um sinal amarelo, contudo, fora ligado.

## 5. Estudo de Caso: Marcos José *versus* Estado de Pernambuco

### 5.1 Os fatos

O caso foi julgado pela Corte na sessão extraordinária do dia 14 de abril de 2008, com pouco mais da metade dos seus ministros presentes<sup>50</sup>. A decisão garantiu que um jovem universitário de 25 anos, Marcos José Silva de Oliveira, tetraplégico em razão de um assalto ocorrido em via pública no Estado de Pernambuco (PE), tivesse direito a ser submetido a uma cirurgia experimental, nos Estados Unidos, de implante de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM) a fim de que pudesse respirar sem depender de aparelho mecânico<sup>51</sup>. Tudo custeado pelo aludido Estado.

<sup>47</sup> O caput do artigo 102 da Constituição Federal fala na função precípua de guarda da Constituição.

<sup>48</sup> Alexander M. Bickel diz que para interpretar a Constituição, o Poder Judiciário era o “menos perigoso” dos poderes. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2 e.d.. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

<sup>49</sup> Vale conferir o debate acerca do termo ativismo judicial ocorrido com a participação de Robert Batinter, Stephen Breyer, Antonio Cassese, Ronald Dworkin, Dieter Grimm e Gil Carlos Rodriguez Iglesias. **Judicial Activism, in Judges in Contemporary Democracy, an International Conversation**, New York e London: New York University Press, 2004, p. 17-65.

<sup>50</sup> Os fatos e fundamentos jurídicos narrados no caso foram colhidos do Informativo STF nº 502. Brasília, 14 a 18 de abril de 2008. Outros detalhes foram disponibilizados pelo site do Tribunal. Além disso, estive presente ao julgamento.

<sup>51</sup> Na sessão extraordinária estavam ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

O desfecho foi dado no julgamento do agravo regimental interposto nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 223/PE. Ele contestava decisão da Presidência do STF que suspendia execução da decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ/PE) que determinava a liberação de quantia depositada.

O TJ/PE determinou a transferência de recursos que foram depositados pelo Estado em conta judicial para uma conta bancária no exterior, pertencente ao médico norte-americano indicado pela família para vir ao Brasil operar o paciente. Segundo familiares, o Brasil não possuía profissional capacitado para realizar tal procedimento, que, caso não ocorresse até dia 30 de abril (o julgamento ocorrera dia 14 de abril) resultaria num alto risco de morte imputado à vítima.

Em sede de tutela antecipada, a responsabilização de Pernambuco pelo custo da cirurgia equivalia a US\$ 150.000 (cento e cinquenta mil dólares americanos).

Estamos a falar de um tratamento dispendioso e incerto. Era uma tentativa. Talvez, o último suspiro. O que o jovem desejava, ao bater às portas daquele Palácio de Justiça era manter viva a pequena chama que ainda brilhava ao final do seu particular túnel da vida. Marcos pediu, ao Tribunal, para que lhe fosse assegurado o direito à esperança.

## 5.2 O voto da Relatora, Ministra Ellen Gracie

A Ministra Ellen, relatora, negou provimento ao recurso, nada obstante tenho feito questão de frisar: “Não desconheço o sofrimento e a dura realidade vivida pelo agravante com especial deferência por seus familiares que zelosamente empreendem esforços para assegurar e prover o mais rápido possível uma melhor condição ao seu ente querido”<sup>52</sup>.

Ela considerou que a determinação para que o Estado pagasse as despesas necessárias à cirurgia, com base na forma e com profissional requeridos, defrontava-se com o conceito de ordem pública administrativa, a qual exigiria verificação da aparente legalidade da postura da administração que a decisão a suspender poria em risco.

---

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 502, de 14 a 18 de abril de 2008.

Estaria configurada a grave lesão à ordem pública “na sua acepção jurídico-administrativa”, tendo em vista a imposição, ao poder público, do pagamento de cirurgia de alto custo sem qualquer registro de prévio procedimento administrativo. Disse Sua Excelência: “Não consta dos autos qualquer avaliação clínica prévia capaz de aferir de maneira segura e adequada a viabilidade técnica ou mesmo a prescrição clínica para que o paciente, ora agravante, se submeta ao procedimento cirúrgico pleiteado”<sup>53</sup>.

Segundo a Ministra, conforme relatório de auditoria médica realizado pela Secretaria Estadual de Saúde, havia relatos evidenciando que o risco cirúrgico na implantação do marcapasso em pacientes tetraplégicos era maior.

Relatou: “por se tratar de procedimento incipiente, de custo elevado não oferecendo garantias de sucesso e ainda em fase experimental, o procedimento ainda não consta do rol de procedimentos da ANS, tendo sido inclusive negado pela operadora de saúde da qual o paciente é usuário<sup>54</sup>”. Para a Ministra, “persistem dúvidas severas quanto à viabilidade técnica do procedimento bem como a sua prescrição clínica”<sup>55</sup>.

Por último, ressaltou também estar devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública na sua acepção “jurídico-constitucional e jurídico-processual, porquanto a tutela antecipada de mérito, ao determinar imediato pagamento de todas as despesas necessárias a realização da cirurgia em comento, na forma e com o profissional requerido pela parte agravante, inclusive com o repasse direto do valor depositado em juízo a conta bancária no exterior de médico escolhido pelos familiares do agravante, descumpriu o que dispõe o artigo 100 da Constituição Federal (pagamentos por precatórios) e artigo 2º, b, da Lei nº 9.494, de 1997 (norma que proíbe a execução provisória de julgados contra o poder público)”<sup>56</sup>.

O Plenário, por segundos, silenciou. Nas cadeiras, poucas pessoas. Era uma tarde de segunda-feira. Uma sessão extraordinária. Até então, nada levava a crer que, além da sessão, a decisão também seria extraordinária. A Corte cuidava do tema tendo presentes somente cinco dos seus onze ministros. Eram eles: Ellen Gracie, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Eros Grau. Cinco mentes e uma

---

<sup>53</sup> *Ibidem.*

<sup>54</sup> *Ibidem.*

<sup>55</sup> *Ibidem.*

<sup>56</sup> *Ibidem.*

vida em jogo. Marcos José, o interessado, ainda respirava com auxílio mecânico e o tempo era o seu maior algoz. O relógio girava em ritmo regressivo.

### 5.3 A divergência liderada pelo Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello iniciou uma divergência de modo diverso ao que de costume. A voz, sempre serena, demonstrou emoção.

Ele entendeu que o recurso deveria ser provido a fim de manter o ato quanto à obrigação de prestar o tratamento. Segundo o decano da Corte, o Estado de Pernambuco possui pontos conhecidos pela prática criminosa.

No caso, entendeu ter havido omissão por parte dos agentes públicos na adoção de medidas efetivas, “que o bom senso impõe”<sup>57</sup>. O Ministro frisou que Marcos, a vítima, tinha o direito de viver de maneira autônoma, uma vez que necessitava de aparelho mecânico para respirar. O raciocínio desenvolvido pelo Ministro consagra o direito à vida, dentro de um jogo de ponderações de valores de tênue articulação.

Ao se reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o direito fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário senão fazer prevalecer o direito à vida. Suas palavras foram: “Tenho a impressão que a realidade da vida tão pulsante nesse caso impõe que se dê provimento a este recurso e que se reconheça a essa pessoa o direito de buscar autonomia existencial desvinculando-se de um respirador artificial que a mantém ligada a um leito hospitalar depois de meses de estado comatoso”<sup>58</sup>.

O Tribunal, por maioria, vencida a Ministra Ellen, deu provimento a agravo para manter decisão interlocutória proferida por desembargador do TJ/PE, que concedera parcialmente pedido formulado em ação para determinar que o mencionado Estado-membro pagasse todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de MDM no agravante, com o profissional por este requerido.

---

<sup>57</sup> “Medidas que muitas vezes os responsáveis pela segurança pública nos estados desconhecem ou fazem de conta que não sabem”, disse o ministro Celso de Mello, analisando que falta serviço adequado em matéria de segurança pública no país. *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

## 5.4 Conclusões

A conclusão do Ministro foi a de que deve prevalecer o direito à vida, sendo reconhecido a todos o direito à busca da felicidade, consectário do princípio da dignidade da pessoa humana. Disse ele: “Quem salva uma vida, salva toda a humanidade”<sup>59</sup>.

Marcos José, certamente, após o julgamento, viu, na sua concepção, ser praticada a afamada Justiça. Foi a ele dado o direito de tentar respirar aliviado.

O Supremo foi ativo e, assim, tentou assegurar o direito constitucional à vida.

## Considerações Finais

O Supremo muito tem feito como guardião que é da Carta da República de 1988 e disso não tenho dúvida, todavia, vejo um deslocamento do debate popular rumo a uma instância que não tem a missão de atuar como legítima representante do povo. Aqui, confesso, fico confuso. Quais os limites? Até onde o STF pode ir? Se o Tribunal adota o *self restraint*, fugindo, pode se omitir quanto a questões relevantes. Se adota o ativismo, corre o risco de avançar rumo à construção de um Governo dos Juízes. Qual o ponto ótimo? A resposta vem do próprio modelo traçado na Carta do Brasil.

A nossa Constituição atribuiu ao Supremo o papel de seu guardião.

O que me parece necessário, todavia, é questionar se estaria o STF agindo em atendimento à Carta da República ao adotar a postura que por nós foi intitulada como ativista. O quê nos diz a Constituição?

Esses questionamentos superam os integrantes do Supremo. Estamos a falar, frise-se, de uma política judicial que em regra ultrapassa gerações e que gera efeitos seculares. O debate não se circunscreve a nomes, mas sim a um modelo trazido pela Carta da República. Não estamos a discutir, portanto, o que é melhor ou pior. Estamos a debater o que a Constituição brasileira diz em relação às atribuições do STF.

Um Tribunal pode muito. Para o bem ou para o mal.

---

<sup>59</sup> *Ibidem.*

Caso penda para o favorecimento de direitos e garantias aos cidadãos oprimidos pelas arbitrariedades dos Poderes Legislativo e Executivo, estamos em glória. Caso não, estaremos todos em maus lençóis. É tudo ou nada!



## Referências

- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993;
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 jul. 2008.
- BICKEL, Alexander. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics New Haven: Yale University Press, 1986;
- BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOECHAT, Leda. A Corte de Warren. Brasília: Civilização Brasileira, 1986;
- BOJUNGA, Cláudio. JK – O Artista do Impossível. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdãos, Informativos e Notícias.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Lucas Borges de. Jurisdição constitucional & democracia – integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2007;
- CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA; Marcelo Andrade Cattoni de (org.). Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- CHOPER, Jesse H. Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court, Chicago: University of Chicago Press, 1980.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007;
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, março, 1997;
- COX, Archibald. The court and the constitution. Boston: Houghton Mifflin Company, 1987;
- DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006;
- \_\_\_\_\_. O império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999;
- ELY, John Hart. Democracy and distrust: a theory of judicial review. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995;
- ENTERRÍA, Eduardo García de. La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, n. 1, p. 3-23, jan./mar. 2006;
- GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática – Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade. In Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. Salvador: Jus Podium, 2008;

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006;

\_\_\_\_\_. *A História do Direito - Entre Foices, Martelos e Togas: Brasil 1935-1965 – Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008;

\_\_\_\_\_. *Direito comparado. Introdução ao direito constitucional norte-americano*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1515, 25 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10282>>. Acesso em: 4 ago. 2008;

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004;

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997;

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996;

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992;

HORBACH, Carlos Bastide. *A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, n. 859, p. 81-91, mai./2007;

LEAL, Mônica Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007;

LENIO, Luiz Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003;

\_\_\_\_\_, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2ª edição, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2007;

LEWIS, Anthony. Earl Warren, in *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969. Their Lives and Major Opinions*. Editors Leon Friedman and Fred L. Israel. New York, 1969;

MÉLLER, Friedrich. *Direito Linguagem, violência: elementos de teoria constitucional*, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002;

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAIS, Fernando. *Olga*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1989.

- MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;
- MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007;
- MORLINO, Leonardo. *La Crisi della Democrazia*. *Rivista Italiana di Scienza Política*, na. IX, n.1, apr., 1979;
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes: São Paulo, 2007;
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008;
- POWERS, Stephen P. e ROTHMAN Stanley. *The Least Dangerous Branch? Consequences of Judicial Activism*. Westport, Connecticut: Praeger Publishers, 2002.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000;
- ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1997;
- SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*, *Revista de Direito do Estado*, 2:83, 2006;
- SCHWARTZ, B. *A Book of Legal Lists: The Best and Worst in American Law*. New York: Oxford University Press, 1997;
- SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2001;
- SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985;
- SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994;
- TAVARES, André Ramos. *O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva*. In *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Ano 1, n. 1, jan/mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 1998;
- TOHARIA, Juan José. *Solución de los Conflictos em los Sistemas Democráticos*. *Justicia Electoral*, na. 1998, n. 11, p.30. TOURAINE, Alain. *O que é a democracia*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007.